

1. Eine wegen Vermögenslosigkeit gelöschte GmbH in der Rolle der Klägerin und Berufungsbeklagten ist nicht deshalb ausnahmsweise beteiligtenfähig, weil sie im Fall der Zurückweisung der Berufung einen Kostenerstattungsanspruch gegen die Beklagte erlangt.

2. Eine wegen Vermögenslosigkeit gelöschte GmbH kann eine begehrte Baugenehmigung nicht mehr ausnutzen und grundsätzlich auch nicht wirtschaftlich verwerten, so dass ihrer Klage das Rechtsschutzbedürfnis fehlt.

3. Bei einer wegen Vermögenslosigkeit aus dem Handelsregister gelöschten GmbH ist für ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse auch erforderlich, die Liquidität der Gesellschaft im Hinblick auf die Finanzierung eines nachfolgenden Amtshaftungsprozesses substantiiert darzulegen.

4. Führt ein Vertreter für eine nicht mehr beteiligtenfähige Gesellschaft ein gerichtliches Verfahren fort, sind ihm - wie einem vollmachtlosen Vertreter - die Kosten aufzuerlegen.

VwGO § 61

VwGO § 113 Abs 1 Satz 4

VwGO § 154 Abs. 1

GmbHG § 35

GmbHG § 66 Abs. 5

FamFG § 394

OVG NRW, Urteil vom 23.11.2023 - 10 A 1016/21 -;

I. Instanz: VG Düsseldorf - 4 K 3271/19 -.

Die Klägerin begehrte von der Beklagten die Erteilung einer Baugenehmigung für eine Sonnenüberdachung auf der Terrasse einer von ihr betriebenen Außengastromie. Nachdem das VG der Klage stattgegeben hatte, wurde das betreffende Gebäudeensemble nebst Freiflächen vorläufig und später endgültig in die Denkmalliste der Beklagten eingetragen. Kurz vor der endgültigen Eintragung wurde die Klägerin wegen Vermögenslosigkeit aus dem Handelsregister gelöscht, begehrte jedoch die Fortführung des Verfahrens. Das OVG änderte auf die Berufung der Beklagten das Urteil des VG und wies die Klage ab.

Aus den Gründen:

I. Die Klägerin ist als juristische Person des Privatrechts seit ihrer Löschung aus dem Handelsregister von Amts wegen durch das Registergericht am 5.4.2023 gemäß § 394 Abs. 1 Satz 1 FamFG zum maßgeblichen Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung,

vgl. Hess. VGH, Beschluss vom 6.10.2021 - 9 A 1440/18 -, juris Rn. 22, m. w. N.,

nicht mehr beteiligtenfähig im Sinne des § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO.

1. Die Löschung einer vermögenslosen GmbH von Amts wegen gemäß § 394 Abs. 1 FamFG hat grundsätzlich zur Folge, dass die Gesellschaft ihre Rechtsfähigkeit verliert und damit nach § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO auch ihre Fähigkeit, Beteiligte eines Rechtsstreits im Verwaltungsprozess zu sein.

Vgl. Bay. VGH, Urteil vom 14.3.2023 - 8 BV 21.1145 -, juris Rn. 19; Sächs. OVG, Beschluss vom 3.2.2023 - 6 B 22/22 -, juris Rn. 37; Hess. VGH, Beschluss vom 6.10.2021 - 9 A 1440/18 -, juris Rn. 24; OVG M.-V., Beschluss vom 14.6.2012 - 1 L 91/11 -, juris Rn. 9; zu § 2 LöschungsG: OVG NRW, Beschluss vom 25.3.1981 - 4 B 1643/80 -, NJW 1981, 2373; zur Rechts- und Parteifähigkeit im Zivilprozess vgl. nur: BGH, Beschluss vom 20.5.2015 - VII ZB 53/13 -, juris Rn. 19, m. w. N. zur ständigen Rechtsprechung.

Die Gesellschaft ist materiell-rechtlich nicht mehr existent.

Vgl. BGH, Urteil vom 25.10.2010 - II ZR 115/09 -, juris Rn. 22, m. w. N.

Eine Liquidation findet grundsätzlich in diesem Fall nicht statt (§ 66 Abs. 5 Satz 1 GmbHG).

Vgl. OVG M.-V., Beschluss vom 14.6.2012 - 1 L 91/11 -, juris Rn. 9, m. w. N.

Das Bestehen einer Liquidationsgesellschaft ist hier auch weder vorgetragen noch aus dem Handelsregister oder anderweitig erkennbar.

2. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz dahingehend, die Klägerin nur für den vorliegenden Rechtsstreit in der Rechtsmittelinstanz als beteiligtenfähig zu behandeln, scheidet vorliegend aus.

Lediglich in Fällen, in denen belastbare Anhaltspunkte dafür bestehen, dass noch verwertbares Vermögen vorhanden ist, bleibt die Gesellschaft trotz ihrer Löschung rechts- und beteiligtenfähig.

Vgl. BSG, Beschluss vom 13.12.2022 - B 12 BA 23/22 B -, juris Rn. 8; BGH, Beschluss vom 20.5.2015 - VII ZB 53/13 -, juris Rn. 19, m. w. N.; BAG, Urteil vom 19.3.2002 - 9 AZR 752/00 -, juris Rn. 18, m. w. N.; Bay. VGH, Urteil vom 14.3.2023 - 8 BV 21.1145 -, juris, Rn. 19; Sächs. OVG, Urteil vom 29.7.2020 - 5 A 1014/17 -, juris Rn. 16; VGH B.-W., Urteil vom 7.11.2014 - 2 S 1529/11 -, juris Rn. 25; für steuerrechtliche Ansprüche: BFH, Beschluss vom 15.2.2006 - I B 38/05 -, juris Rn. 16, m. w. N.; für das Kostenfestsetzungsverfahren: Sächs. OVG, Beschluss vom 26.4.2010 - 1 E 49/10 -, juris Rn. 3; OLG Koblenz, Beschluss vom 10.2.2004 - 14 W 103/04 -, juris Rn. 3 ff.

Im Aktivprozess reicht als Anhaltspunkt dafür, dass noch verwertbares Vermögen vorhanden ist, schon die bloße Tatsache, dass die gelöschte Gesellschaft einen Vermögensanspruch geltend macht.

Vgl. BGH, Urteil vom 25.10.2010 - II ZR 115/09 -, juris Rn. 22, m. w. N.

Entsprechendes gilt, wenn die gelöschte Gesellschaft das Verfahren führt, um Ansprüche abzuwehren, die ihrer Ansicht nach nicht entstanden sind, im Verwaltungsprozess etwa gegen einen Gebührenbescheid klagt oder sich gegen eine Erstattungsforderung wendet.

Vgl. BGH, Urteil vom 18.1.1994 - XI ZR 95/93 -, juris Rn. 7; Bay. VGH, Urteil vom 14.3.2023 - 8 BV 21.1145 -, juris Rn. 19 f., m. w. N.; Sächs. OVG, Beschluss vom 3.2.2023 - 6 B 22/22 -, juris Rn. 39 f.; VGH Bad.-Württ., Urteil vom 7.11.2014 - 2 S 1529/11 -, juris Rn. 25.

Der insolvenzrechtliche Begriff des Vermögensanspruchs bezeichnet einen Anspruch, der auf Geld gerichtet ist oder sich gemäß §§ 45, 46 InsO in einen Geldanspruch umwandeln lässt.

Vgl. Kirchner, in: Fridgen/Geiwitz/Göpfert, BeckOK InsR, 33. Ed. 15.10.2023, InsO § 38 Rn. 8, m. w. N.

Bei einer gelöschten Gesellschaft in der Rolle der Beklagten und Rechtsmittelführerin kann sich nach der Rechtsprechung des BGH verwertbares Vermögen aus dem Umstand ergeben, dass diese im Falle der Klageabweisung mit dem entsprechenden Urteil einen Kostentitel erlangen würde, der es ihr erlaubte, die in dem betreffenden Rechtsstreit von ihr bislang aufgewandten Kosten von den Klägern ersetzt zu verlangen.

Vgl. BGH, Urteile vom 5.3.2020 - I ZR 32/19 -, juris Rn. 14, vom 4.5.2004 - XI ZR 40/03 -, juris Rn. 22, und vom 21.10.1985 - II ZR 82/85 -, juris Rn. 8; s. auch: OLG Köln, Beschluss vom 12.3.2018 - 17 W 151/17 -, juris Rn. 12 f.1; ablehnend: Sächs. LAG, Urteil vom 15.1.2010 - 3 Sa 716/08 -, juris Rn. 68; vgl. auch OVG M.-V., Beschluss vom 14.6.2012 - 1 L 91/11 -, juris Rn. 11.

Nach diesen Maßgaben sind Anhaltspunkte für ein verwertbares Vermögen der Klägerin nicht ersichtlich.

a. Die Klägerin macht im vorliegenden Aktivprozess keinen Vermögensanspruch geltend.

aa. Der Hauptantrag, mit dem die Klägerin die Verpflichtung der Beklagten zur Erteilung der Baugenehmigung begehrt, ist nicht auf einen Geldbetrag gerichtet. Ein Anspruch auf Erteilung einer Baugenehmigung lässt sich auch nicht in einen (unmittelbaren) Geldanspruch umrechnen.

bb. Mit ihrem hilfsweise gestellten Fortsetzungsfeststellungsantrag macht die Klägerin im vorliegenden Rechtsstreit ebenfalls keinen Vermögensanspruch unmittelbar gerichtlich geltend. Ein Erfolg ihrer Fortsetzungsfeststellungsklage könnte allenfalls die Grundlage für einen nachfolgenden Amtshaftungsprozess vor dem Landgericht bilden.

Vgl. hierzu auch Hess. VGH, Beschluss vom
6.10.2021 - 9 A 1440/18 -, juris Rn. 26.

b. Ein verwertbares Vermögen ergibt sich auch nicht daraus, dass die Klägerin bei Erfolglosigkeit der Berufung der Beklagten einen Anspruch gegen die Beklagte auf Erstattung der Kosten der Prozessführung erlangte.

aa. Die Erwägungen des BGH zum prozessualen Kostenerstattungsanspruch als verwertbares Vermögen einer gelöschten Gesellschaft sind auf Fälle, in denen eine gelöschte GmbH - wie hier - als Klägerin einen Aktivprozess führt, nicht übertragbar.

A.A. OVG M.-V., Beschluss vom 14.6.2012 - 1 L
91/11 -, juris Rn. 11.

Dies folgt bereits aus der vorgenannten Rechtsprechung des BGH, wonach belastbare Anhaltspunkte dafür bestehen müssen, dass noch verwertbares Vermögen vorhanden ist, wofür die Geltendmachung eines Vermögensanspruchs durch die gelöschte Gesellschaft im Aktivprozess ausreicht.

Vgl. BGH, Urteil vom 25.10.2010 - II ZR 115/09 -,
juris Rn. 22, m. w. N.

Würde allein der prozessuale Kostenerstattungsanspruch im Falle des Obsiegens auch im Aktivprozess die Annahme verwertbaren Vermögens der gelöschten Gesellschaft begründen, bräuchte es die Voraussetzung der Geltendmachung eines Vermögensanspruchs nicht. Denn dann wäre bei jedweder Klageerhebung einer später gelöschten Gesellschaft von einem verwertbaren Vermögen auszugehen und diese damit entgegen dem eingangs dargestellten Grundsatz immer und nicht nur ausnahmsweise,

vgl. Hess. VGH, Beschluss vom 6.10.2021 - 9 A
1440/18 -, juris Rn. 23,

weiter als beteiligtenfähig anzusehen.

bb. Selbst wenn man annimmt, die Rechtsprechung des BGH zum prozessualen Kostenerstattungsanspruch als verwertbares Vermögen einer gelöschten Gesellschaft als Beklagter und Rechtsmittelführerin ließe sich grundsätzlich auch auf eine gelöschte GmbH in der Rolle einer Klägerin und Berufungsbeklagten im Verwaltungsprozess übertragen, ist die Klägerin hier nicht beteiligtenfähig.

Vor dem Hintergrund, dass es für die Annahme der Beteiligtenfähigkeit einer gelöschten Gesellschaft einer substantiierten Behauptung bedarf, es sei bei der Gesellschaft noch Vermögen vorhanden, kann der gelöschten Gesellschaft in der Rolle der Klägerin die Beteiligtenfähigkeit jedenfalls nicht losgelöst von den Erfolgsaussichten ihrer Klage zugesprochen werden.

Dabei kann hier offen bleiben, ob hierzu aufgrund ihres Vorbringens im gerichtlichen Verfahren lediglich möglich sein,

so: Hess. VGH, Beschluss vom 6.10.2021 - 9 A
1440/18 -, juris Rn. 27, m. w. N.,

oder sogar feststehen muss,

so: BAG, Urteil vom 19.3.2002 - 9 AZR 752/00 -,
juris Rn. 19,

dass ihrer Klage - die Beteiligtenfähigkeit der gelöschten Gesellschaft zu ihren Gunsten unterstellt - Erfolg beschieden sein wird.

Denn hier steht aus den nachfolgend ausgeführten Gründen fest, dass die Klage mit dem Haupt- und dem Hilfsantrag schon unzulässig ist.

II. Die Klage ist mit dem Hauptantrag auch deshalb unzulässig, weil das erforderliche Rechtsschutzbedürfnis entfallen ist.

Voraussetzung der Zulässigkeit jeder Klage ist, dass der Kläger ein schutzwürdiges Interesse an der begehrten Entscheidung des Gerichts hat. Hieran fehlt es, wenn der Rechtsschutz unnütz in Anspruch genommen wird. Dies ist der Fall, wenn er nicht geeignet ist, zur Verbesserung der subjektiven Rechtsstellung des Klägers beizutragen. In diesem Sinne nutzlos ist eine Rechtsverfolgung auch dann, wenn ihr Ziel die Erteilung einer Genehmigung ist, die sich mit Rücksicht auf die privatrechtlichen Verhältnisse nicht verwirklichen lässt.

Vgl. für die fehlende Zustimmung des zivilrechtlich Berechtigten: BVerwG, Urteile vom 23.3.1973 - IV C 49.71 -, juris Rn. 14; OVG NRW, Urteil vom 3.9.2015 - 7 A 1589/13 -, juris Rn. 26; siehe auch OVG NRW, Beschluss vom 22.6.2017 - 10 A 167/16 -, juris Rn. 15.

Nach diesen Maßgaben hat die Klägerin kein schutzwürdiges Interesse an der begehrten Entscheidung des Gerichts.

1. Sie könnte im Falle der begehrten Erteilung der Baugenehmigung von dieser offensichtlich keinen Gebrauch mehr machen, weil sie nicht mehr existent bzw. nicht mehr rechtsfähig ist,

vgl. für den Fall einer eisenbahnrechtlichen Genehmigung: OVG M.-V., Beschluss vom 14.6.2012 - 1 L 91/11 -, juris Rn. 13,

und die Ausnutzung einer Baugenehmigung auch nicht mehr zur Abwicklung der vermögensrechtlichen Ansprüche der Gesellschaft gehört.

Vgl. zum Gewerberecht: OVG NRW, Beschluss vom 25.3.1981 - 4 B 1643/80 -, NJW 1981, 2373.

2. Ebenso wenig ist ersichtlich, dass die Klägerin die Baugenehmigung selbst im Fall einer möglichen Erteilung wirtschaftlich verwerten könnte.

Vgl. hierzu: OVG M.-V., Beschluss vom 14.6.2012 - 1 L 91/11 -, juris Rn. 13; vgl. für den Fall der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung für eine Geflügelfarm: Nds. OVG, Urteil vom 6.3.1998 - 7 L 4554/96 -, juris Rn. 39.

Insbesondere kommt der Baugenehmigung kein wirtschaftlicher Wert für die Klägerin zu, weil mit ihr über die wertsteigernde Bebaubarkeit eines zu veräußern- den Grundstücks entschieden würde.

Vgl. zur Steigerung des Verkehrswertes durch Bebaubarkeit: BVerwG, Beschluss vom 24.4.1995 - 4 B 76.95 -, juris Rn. 6.

Denn weder betrifft die streitgegenständliche Baugenehmigung die Bebaubarkeit des Grundstücks als solches noch ist oder war die Klägerin dessen Eigentümerin.

Auch eine sonstige wirtschaftliche Verwertbarkeit der Baugenehmigung durch die Klägerin ist nicht vorgetragen und auch nicht feststellbar. Dabei muss nicht entschieden werden, ob eine Baugenehmigung durch Rechtsgeschäft wirtschaftlich verwertet werden kann,

vgl. zur möglichen Vereinbarung über eine Rechtsnachfolge in Baugenehmigungen: Guckelberger, VerwArch 1999, 499, 500 ff., m. w. N.;

zum Fall, dass der bisherige Eigentümer und Bauherr sich durch eine besondere Vereinbarung die Inhaberschaft an der Baugenehmigung vorbehält: VGH Bad.-Württ., Urteil vom 30.3.1995 - 3 S 1106/94 -, juris Rn. 23,

oder diese bei Bauherrenwechsel gemäß § 58 Abs. 3 BauO NRW 2018 ohne gesonderten Übertragungsakt unmittelbar auf den Rechtsnachfolger des bisherigen Bauherrn übergeht, wobei der Begriff der Rechtsnachfolge weit auszulegen und auch die Einzelrechtsnachfolge erfasst ist.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 30.6.2004 - 4 C 9.03 -, juris Rn. 25 (zur seinerzeitigen BauO Rh.-Pf.); B. Schulte, in: Boeddinghaus/Hahn/ Schulte u.a., Bauordnung für das Land NRW, juris, 122 AL., § 74 BauO NRW, Rn. 380.

Denn weder hat die Klägerin bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung vor dem Senat einen Bauherrenwechsel - etwa zu Gunsten der O. Gastronomie GmbH - angezeigt noch ist im Übrigen eine Rechtsnachfolge oder eine Vereinbarung bezüglich der Inhaberschaft der streitgegenständlichen Baugenehmigung vorgetragen oder sonst ersichtlich - unabhängig von der Frage, welche Folgen die Löschung der Klägerin aus dem Handelsregister auf eine solche hätte. Insbesondere stellt die Vereinbarung zwischen der Klägerin und der O. Gastronomie GmbH vom 16.9.2019 keine Vereinbarung in diesem Sinne dar. Denn diese betrifft allein die Abtretung etwaiger Schadensersatzansprüche für Zeiträume, in denen die Baugenehmigung gegebenenfalls rechtswidrig gerade nicht erteilt worden ist.

III. Der hilfsweise gestellte Fortsetzungsfeststellungsantrag ist auch mangels Fortsetzungsfeststellungsinteresses unzulässig.

Die Klägerin hat kein berechtigtes Interesse an der begehrten Feststellung im Sinne von § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO dargelegt.

Bei einer Fortsetzungsfeststellungsklage, die der Vorbereitung eines Schadensersatzprozesses vor dem Zivilgericht dienen soll, ist das Feststellungsinteresse nur zu bejahen, wenn ein solcher Prozess bereits anhängig, mit Sicherheit zu erwarten oder ernsthaft beabsichtigt, die begehrte Feststellung in diesem Verfahren erheblich und die Rechtsverfolgung nicht offensichtlich aussichtslos ist. Die Behauptung eines eingetretenen Schadens setzt mit Blick auf die Darlegungspflicht zwingend voraus, die Angaben zur Art des Schadens und zur annähernden Schadenshöhe zu substantiieren.

Vgl. OVG NRW, Urteile vom 29.11.2016 - 10 A 55/15 -, juris Rn. 29, und vom 2.6.2014 - 10 A 1343/12 -, juris Rn. 135, sowie Beschluss vom 12.4.2013 - 10 A 671/11 -, juris Rn. 69 ff., jeweils m. w. N.

Bei einer wegen Vermögenslosigkeit aus dem Handelsregister gelöschten GmbH ist für ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse auch erforderlich, die Liquidität der Gesellschaft im Hinblick auf die Finanzierung eines nachfolgenden Amtshaftungsprozesses substantiiert darzulegen.

Vgl. Hess. VGH, Beschluss vom 6.10.2021 - 9 A 1440/18 -, juris Rn. 27.

Hiervon ausgehend fehlt es an einem Fortsetzungsfeststellungsinteresse. Zur Liquidität der Gesellschaft im Hinblick auf die Finanzierung eines nachfolgenden Amtshaftungsprozesses fehlt jeglicher substantiierte Vortrag, weshalb ein solcher nicht mit hinreichender Sicherheit zu erwarten oder jedenfalls ernsthaft beabsichtigt ist. Die pauschale Erklärung des Prozessbevollmächtigten der Klägerin in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat, die O. Gastronomie GmbH werde die Kosten eines Amtshaftungsprozesses tragen, genügt hierfür ersichtlich nicht.

Die Klägerin hat unabhängig davon ihrer Darlegungspflicht zur Substantiierung der annähernden Schadenshöhe nicht genügt. Sie hat lediglich pauschal behauptet,

tet, im Fall der Erteilung der Baugenehmigung hätten „entsprechend“ höhere Umsätze erwirtschaftet werden können, weil in diesem Fall „die Plätze“ auf der Terrasse zusätzlich zu denen im Restaurantinneren hätten belegt werden können. Dabei hat sie die annähernde Schadenshöhe in Gestalt entgangener Einnahmen ebenso wenig beziffert oder auch nur weiter substantiiert wie die Zahl der in Rede stehenden Außensitzplätze und deren (witterungsbedingte) Ausnutzbarkeit mit und ohne Terrassenüberdachung im konkreten Zeitraum.

Darauf, ob die Klägerin die Klage im Berufungsverfahren ohne Anschlussberufung zulässig durch den Fortsetzungsfeststellungsantrag erweitern konnte, nachdem sie in erster Instanz obsiegt hatte,

vgl. hierzu: OVG NRW, Urteil vom 2.6.2014
- 10 A 1343/12 -, juris Rn. 126, m. w. N.,

kommt es vor diesem Hintergrund nicht mehr an.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO und § 173 Satz 1 VwGO in entsprechender Anwendung des § 89 Abs. 1 Satz 3 ZPO i. V. m. § 179 BGB. Danach sind demjenigen (gesetzlichen) Vertreter, der eine Klage für ein nicht beteiligtenfähiges Rechtssubjekt erhoben hat, ebenso wie einem vollmachtlosen Vertreter die Kosten des von ihm veranlassten Rechtsstreits aufzuerlegen.

Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 25.3.1981 - 4 B
1643/80 -, NJW 1981, 2373, m. w. N.

Gleiches gilt in den Fällen, in denen der Vertreter für eine nicht mehr beteiligtenfähige Gesellschaft ein gerichtliches Verfahren fortführt.

Vgl. für den Fall der Klageerhebung und Handeln als vollmachtloser Vertreter im weiteren gerichtlichen Verfahren: BVerwG, Urteil vom 13.7.2011 - 8 C 10.10 -, juris Rn. 30; vgl. auch: Hess. VGH, Beschluss vom 6.10. 2021 - 9 A 1440/18 -, juris

Rn. 29; Neumann/Schaks, in: Sodan/Ziekow,
VwGO, 5. Aufl. 2018, § 154 Rn. 29, m. w. N.

Der ausweislich des Handelsregisters letzte Geschäftsführer der Klägerin, Herr Y. Q., hat als deren Organwalter für die Fortführung des gerichtlichen Verfahrens, für das einer seiner Vorgänger in der Geschäftsführung den Prozessbevollmächtigten der Klägerin das Mandat erteilt hat, im Wege der Zurechnung typischerweise aktenmäßig festgehaltenen Wissens der Gesellschaft einzustehen.

Vgl. hierzu: Hess. VGH, Beschluss vom
6.10.2021 -, juris Rn. 29, m. w. N.

Er hatte es in der Hand, im Hinblick auf die Löschung der Klägerin die Abgabe einer prozessbeendenden Erklärung in dem vorliegenden Berufungsverfahren zu veranlassen.